Roj: **SAN 2877/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2877**

Id Cendoj: **28079230062020100244**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **29/09/2020**
Nº de Recurso: **283/2015**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000283 /2015

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **02737/2015**

Demandante: **ANT SERVICALIDAD, S.L.**

Procurador: **D. PABLO OTERINO MENÉNDEZ**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

S E N T E N C I A Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 283/15 promovido por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez en nombre y representación de ANT **SERVICALIDAD, S.L.**, contra la resolución de 5 de marzo de 2015, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0489/13, mediante la cual se le impuso una sanción de 14.514 euros de multa. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el

que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que " *...1) Revoque en su integridad la referida Resolución de 5 de marzo de 2015 por no ser conforme a Derecho y resuelva que no ha quedado acreditada la participación de mi representada en una práctica prohibida por el artículo 1 LDC al haberse recabado la prueba de cargo sobre la que se sostiene el comportamiento antijurídico de mi mandante al amparo de una Orden de Investigación que, dictada en fecha 28 de mayo de 2013 frente a mi cliente, debe declararse nula (en los términos expuestos en el Hecho Primero y en el Fundamento Jurídico-Material Primero) y cuya nulidad implica también la del acuerdo de incoación del expediente administrativo y la de los sucesivos acuerdos de incorporación de documental procedente de la inspección practicada en las diligencias previas S/0471/13, quedando la resolución final carente de prueba de cargo. 2) Con carácter subsidiario al punto 1) -es decir, si no se estimase--, revoque en su integridad la referida Resolución de 5 de marzo de 2015 por no ser 59 conforme a Derecho y resuelva que no ha quedado acreditada la participación de mi representada en una práctica prohibida por el artículo 1 LDC al haberse recabado la prueba de cargo sobre la que se sostiene el comportamiento antijurídico de mi mandante en el marco de una labor inspectora que, efectuada los días 4 y 5 de junio de 2013 en las instalaciones de mi cliente, debe declararse nula en relación con la documental que se incorporó al Expediente S/049/13 Concesionarios Opel, procedente de las diligencias previas S/0471/13, a medio del acuerdo de incoación del expediente administrativo y de los sucesivos acuerdos de incorporación de documental, que, dictados en el marco del mismo, deben igualmente declararse nulos, quedando la resolución final carente de prueba de cargo. 3) Con carácter subsidiario a los puntos 11 y 2) -es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores--, revoque la referida Resolución de 5 de marzo de 2015 por no ser conforme a Derecho al haberse conculcado con la sanción que se impuso a mi cliente de 14.514 @ el principio de no concurrencia de sanciones, dejando aquélla sin efecto (en los términos expuestos en el Hecho Segundo y en el apartado segundo de los fundamentos jurídico-materiales). 4) Con carácter subsidiario a los puntos 1), 2) y 3) -es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores--, revoque en su integridad la referida Resolución de 5 de marzo de 2015 por no ser conforme a Derecho al haberse producido la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, decretando la nulidad frente a mi cliente del acuerdo dictado por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en fecha 29 de enero de 2015 por el que, con efectos de 4 de febrero de 2015, suspendió el plazo para resolver (en los términos expuestos en el Hecho Tercero y en el apartado tercero de los fundamentos jurídico materiales). 5) Con carácter subsidiario a los puntos 1), 2), 3) y 4) -es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores--, revoque la referida Resolución de 5 de marzo de 2015 por no ser conforme a Derecho, dejando sin efecto la sanción a mi cliente de 14.514 por haberse calculado sobre la base de un documento incorporado al expediente administrativo al margen del procedimiento legalmente establecido, al amparo de un acuerdo dictado por la Secretaría del Consejo de la CNMC en _ fecha 2 de marzo de 2015, en el marco del Expediente S/0488/13 , Concesionarios Hyundai, cuya nulidad debe decretarse para con mi -representada. 6) Con carácter subsidiario a los puntos 1), 21, 31, 41 y 51 -es decir, si no se estimase ninguno de los anteriores--, revoque la referida Resolución de 5 de marzo de 2015 por no ser conforme a Derecho al haberse impuesto una sanción a mi cliente de 14.514 E que infringe el principio de proporcionalidad, reduciéndose en la medida que la Sala estime oportuno de conformidad con los criterios propuestos en el Hecho Cuarto y en el apartado cuarto de los fundamentos jurídico-materiales".*

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 15 de julio de 2020, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Francisco de la Peña Elías**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha de 5 de marzo de 2015 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL mediante la cual se le impuso una sanción de 14.514 euros de multa. La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

1.- A.N.T. SERVICALIDAD, S.L., en cuanto colaborador y facilitador para garantizar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por concesionarios de la marca OPEL en el cártel de la Zona Madrid de 2010 a junio de 2013 y en el de la Zona de Galicia de 2011 a junio de 2013.

(...)

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

(...)

1.- A.N.T SERVICALIDAD, S.L: 14.514 euros

(...)

QUINTO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

(...)".

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) El 30 de abril de 2013 la entonces Dirección de Investigación (DI) acordó iniciar una información reservada al haber tenido conocimiento de posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como en el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español.

2) En el curso de dichas actuaciones, los días 4, 5 y 6 de junio de 2013 la DI llevó a cabo inspecciones en las sedes de la empresa ANT SERVICALIDAD, S.L., y en la ASOCIACION DE CONCESIONARIOS DE OPEL ESPAÑA (ANCOPEL), además de realizar requerimientos de información a distintas empresas quienes, entre el 1 y el 20 de agosto de 2013, aportaron los escritos que respondían a dicho requerimiento.

3) Sobre la base de la información recabada como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la DI que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 29 de agosto de 2013 la incoación del expediente sancionador S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL contra las empresas que relacionaba, entre ellas CESMAUTO, S.L., por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor de la OPEL.

4) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, que fue ampliado el 3 de julio y el 4 de agosto de 2013 a las empresas que relaciona la resolución recurrida, el 6 de agosto siguiente la ya Dirección de Competencia (DC), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, formuló pliego de concreción de hechos del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

5) Acordado el cierre de la fase de instrucción el 3 de diciembre de 2014, el día 4 de diciembre siguiente la DC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución.

6) Presentadas alegaciones, el 2 de enero de 2015 la DC elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución conforme a lo prevenido en el artículo 50.5 de la LDC.

7) Con fecha 29 de enero de 2015 la Sala de Competencia acordó requerir a las empresas incoadas a fin de que informasen sobre el volumen de negocios total en 2014, o la mejor estimación disponible, con suspensión del plazo para resolver. Suspensión que fue alzada el 17 de febrero de 2015 con efectos de 16 de febrero anterior, fijando como nueva fecha de caducidad el 12 de marzo de 2015.

8) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 5 de marzo de 2015 y dictó con esa misma fecha la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a A.N.T. SERVICALIDAD, S.L. (en adelante ANT) como una empresa constituida en el año 2000, con sede social en Elche, Alicante, perteneciente a partes iguales a dos personas físicas sin que esté relacionada vertical y horizontalmente con ninguna otra empresa o grupo de empresas.

Señala que su objeto social consiste, entre otros, en la prestación de servicios de atención al cliente, estudios de mercado y similares; y precisa, en relación a los tipos de servicios que ANT ofrece a las empresas distribuidoras de vehículos de motor, las categorías de servicios que son definidas por la misma recurrente:

"a. Realización de evaluaciones de Comprador Misterioso para marcas de automoción: en este tipo de servicios ANT evalúa la calidad en la atención al cliente y el seguimiento en los protocolos de venta, entregando al cliente un informe cualitativo del seguimiento del proceso completo de venta, desde la llamada del cliente para quedar con el vendedor, hasta el presupuesto realizado por el comercial y la llamada de seguimiento para conocer la decisión de compra del cliente.

b. Realización de evaluaciones de Comprador Misterioso para concesionarios o grupos del mismo propietario que participa en el mercado con diferentes marcas: se analiza la calidad en la atención al cliente adjuntando en los resultados de su trabajo de investigación la oferta económica que le ha sido presentada para que el cliente pueda comprobar cómo actúan sus comerciales.

c. Evaluaciones de Comprador Misterioso para grupos de concesionarios: informes en los que se analiza la actuación completa de un comercial al realizar el proceso de venta de un vehículo.

d. Realización de evaluaciones de Comprador Misterioso para concesionarios que quieren evaluar a su competencia (otras concesiones de su zona) y conocer las técnicas de venta que utilizan y las ofertas que dan.

e. Análisis de ventas perdidas, para conocer los motivos por los que un cliente finalmente no compró.

f. Recuperación de clientes de taller, mediante llamadas para ofrecer una promoción y conseguir que vuelvan al taller a realizar sus revisiones.

g. "Mystery calling" a talleres y a ventas, para evaluar la calidad del servicio telefónico, plazos para ofrecer citas y las ofertas que se realizan.

h. Formación: ofrecida a través de "free lance" independientes para que las empresas mejoren los aspectos más débiles detectados en la atención al cliente".

La resolución hace algunas consideraciones relevantes sobre su caracterización y, en particular, y por la incidencia que ello tiene para conocer cual es la relación entre la marca y el concesionario; y, a continuación, aborda la delimitación del mercado de producto, que identifica con el de distribución de vehículos a motor nuevos y accesorios de la marca OPEL a través de concesionarios independientes del fabricante, vendidos a particulares, y del mercado geográfico, que comprendería, según la resolución sancionadora, la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, siendo las condiciones de competencia suficientemente homogéneas, lo que le lleva a distinguir la llamada *"Zona de Madrid"*, que incluiría los concesionarios ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid y en la provincia de Guadalajara, y la denominada *"Zona de Galicia"*, con los concesionarios ubicados en esa Comunidad Autónoma.

Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos probados relacionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, que serían las inspecciones realizadas los días 4 y 5 de junio de 2013 en la sede de la empresa consultora ANT, aquí recurrente, y los días 5 y 6 de junio de 2013 en la sede de ANCOPEL, así como la denuncia anónima presentada el 27 de septiembre de 2013 y las contestaciones de las incoadas a los requerimientos de información formulados.

Las pruebas así obtenidas pondrían de manifiesto que los concesionarios participantes adoptaron acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, además de llevar a cabo un intercambio de información comercialmente sensible en el mercado de la distribución de vehículos de motor de la marca OPEL, con la participación de ANCOPEL y la empresa de su propiedad, ANCO, y la colaboración de ANT.

Especial relevancia atribuye la CNMC al sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados mediante la contratación de ANT SERVICALIDAD, empresa aquí recurrente, cuya actividad principal consistía en evaluar la atención al cliente de las empresas que contrataban sus servicios, los cuales eran prestados bajo la marca *"El Cliente Indiscreto"*, normalmente a través de estudios de calidad en los que figuraba solamente la información referente al concesionario al que concierne y a disposición únicamente del concesionario evaluado, así como en prestar otros servicios a los concesionarios (bajo la denominación *"estudios de mercado"* o *"estudios de precios"* respecto de cada una de las zonas afectadas) con el objeto, explícitamente reflejado por ANT en sus presentaciones, de *"acabar con la guerra de precios existentes y la escasa rentabilidad por operación y homogeneizar descuentos máximos"* a fin de conseguir incrementar el margen comercial por vehículo vendido, valiéndose para ello del seguimiento del cumplimiento de los acuerdos de precios y condiciones comerciales y de servicios previamente fijados por los concesionarios, identificando aquellos

que incumplían los acuerdos adoptados, remitiendo dichas *"incidencias"* (es decir, los incumplimientos) a los integrantes del cártel de cada zona, y facilitando el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados con una operativa que describe minuciosamente la resolución recurrida.

Tras valorar las pruebas aportadas en relación a la participación de los concesionarios en los diferentes cárteles territoriales, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de precios y otras condiciones comerciales y de intercambio de información sensible entre las empresas concesionarias de vehículos de la marca OPEL sancionadas, con la colaboración y participación de A.N.T. SERVICALIDAD, S.L., la asociación ANCOPEL y la empresa ANCO CENTRAL DE COMPRAS, S.L.

Constata entonces la existencia de un cártel por cada una de las dos zonas geográficas diferenciadas, y que estaría integrado por empresas que compiten en el mismo mercado de distribución de vehículos de motor turismos de la marca OPEL. Estas empresas habrían adoptado acuerdos durante periodos diversos en función de las zonas geográficas afectadas que comprenderían, según los supuestos, al menos desde el año 2011 hasta el desarrollo de las inspecciones por la DC en junio de 2013, si bien la intervención de ANT, ANCO CENTRAL DE COMPRAS y ANCOPEL se habría iniciado en 2010.

Tales acuerdos consistirían, principalmente, en la fijación de precios mediante determinación de descuentos máximos, precios de tasación o regalos ofrecidos, y el intercambio de información estratégica y sensible, constituyendo por tanto prohibidas conforme al artículo 1 de la LDC. Y destaca también que los acuerdos se adoptaron con *"... manifiesta ocultación y secretismo"*.

En su relación de hechos acreditados se refiere la CNMC a la importancia en la gestación y el desenvolvimiento de los cárteles de la intervención de la asociación de concesionarios de la marca OPEL, ANCOPEL, y destaca de manera especial el sistema de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos a través de la contratación de la demandante ANT SERVICALIDAD, intervención que se revela como determinante, en muchos de los casos, para justificar la participación de cada uno de los concesionarios sancionados en los acuerdos colusorios, y a la que nos hemos de referir después al analizar, precisamente, la prueba inculpatoria acumulada frente a la empresa aquí recurrente.

La prueba de tales acuerdos estaría constituida por las facturas expedidas por ANT a los concesionarios participantes en el cártel, así como por la contabilidad interna de ANT que reflejaría el seguimiento realizado en dichos concesionarios del cumplimiento de los acuerdos adoptados por éstos. A ello se añaden otras pruebas como unas tablas de ANT de enero de 2010 en las que reflejaba las incidencias de los concesionarios de diferentes marcas en el cumplimiento de los acuerdos adoptados por éstos, y en las que se incluye expresamente con respecto a los concesionarios de la marca OPEL la denominada *"Zona de Madrid"*, referenciándose como *"ANCOPEL MADRID"* y enumerándose un total de 17 concesionarios en esa zona (folios 2404 a 2420, recabados en la inspección de ANT); o facturas expedidas por ANT a ANCOPEL a nombre de ANCO, de las que se tiene conocimiento por la contabilidad interna de ANT (folios 256 y 257, también obtenidos en la inspección de ANT) .

Asimismo, alude la resolución recurrida al correo intercambiado entre ANT y ANCOPEL obtenido en la misma inspección de ANT de fecha 25 de junio de 2012, adjuntando archivos con informes de seguimiento de los concesionarios de la zona de Madrid (folios 2238 a 2303).

La existencia de estos correos, junto con el resto de las pruebas acopiadas en el expediente, pone de manifiesto la importancia que en el cártel ha tenido la intervención de la empresa ANT SERVICALIDAD, importancia que ya destaca la misma resolución al comienzo del relato de hechos probados donde describe la actividad de dicha empresa y su papel en los acuerdos anticompetitivos finalmente sancionados.

Todo ello llevó a la CNMC a considerar acreditado que ANT, pese a ser una entidad ajena al mercado afectado, habría participado activamente en la infracción, con la colaboración de ANCOPEL y ANCO, actuando como controlador del cumplimiento de los acuerdos de los correspondientes cárteles de concesionarios independientes de la marca Opel en diversas zonas, particularmente desde 2010 y 2011 en las llamadas *"Zona de Madrid"* y en *"Zona de Galicia"*, destacando que su labor de control y vigilancia, así como de facilitadores del intercambio de información estratégica, habría contribuido al mantenimiento de los cárteles y, por tanto, a restringir la competencia en el mercado afectado.

La resolución recurrida razona, frente a las alegaciones formuladas por ANT, que las pruebas obrantes en autos, y que relaciona con referencia explícita a los folios del expediente en que s localizan, que sus servicios fueron contratados para facilitar la vigilancia del efectivo cumplimiento de los acuerdos adoptados por las empresas integrantes del cártel y, por tanto, para posibilitar su ejecución y mantenimiento en el tiempo.

Destaca el hecho de que los concesionarios eran receptores de los *"estudios de mercado"* que contenían información de todos los concesionarios pertenecientes al cártel de la misma zona, sin que pudiera albergarse ninguna duda de que ANT conocía el carácter ilícito de la conducta puesto que hacía expresa referencia al carácter confidencial de su actuación *("este tipo de trabajo se lleva con el mayor nivel de confidencialidad")*, así como a la "peligrosidad" de los mismos, refiriendo que ninguno de los evaluadores *"sabrá realmente el propósito final del estudio"*. Además, intentaría dotar a sus servicios de una apariencia de legalidad mediante el uso de expresiones poco sospechosas, como la de *("estudios de mercado")*, manifestando todo ello, según la resolución *"la concurrencia de los elementos cognoscitivo y volitivo de la conducta por parte de sus autores"*.

Se refiere también a la jurisprudencia comunitaria existente en torno a la intervención de las empresas asesoras que no operan en el mercado de referencia afectado por la restricción de la competencia y la posibilidad de resultarles de aplicación la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, cuando dichas empresa contribuyeran activa y deliberadamente a un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquél en el que opera la citada empresa (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008, asunto T-99/04, AC-Treuhand AG c. Comisión) destacando, en fin, el estratégico papel jugado por la empresa ANT que constituiría *" un claro valor añadido para la efectividad de los acuerdos, además de un elemento característico, como ya se ha dicho, de este tipo de conductas, que en absoluto resulta novedoso para este la Autoridad de competencia. Este tipo de mecanismos de control habituales en los cárteles se articulan típicamente a través de intercambios de información mediante sistemas de auditoría, o bien mediante el empleo de un fiscalizador o coordinador"*.

Y si la CNMC considera probada, conforme a lo expuesto, la intervención de ANT en las prácticas anticompetitivas sancionadas y lo relevante de dicha intervención a los efectos de posibilitar el control y seguimiento del cartel por sus partícipes, la Sala alcanza la misma conclusión.

Para ello es particularmente ilustrativo el contenido del fichero electrónico denominado "Presentación política comercial" de fecha 13 de septiembre de 2012, recabado en la inspección de ANT, folios 2325 a 2339, en el que se describe lo que denomina *"SITUACIÓN ACTUAL"*, que caracteriza por *"ESCASA RENTABILIDAD POR OPERACIÓN GUERRA DE PRECIOS POCAS VENTAS", para, a continuación, referirse al "PROPÓSITO DE ESTA ACCIÓN"*, en estos términos:

" EVITAR LA GUERRA DE PRECIOS

HOMOGENEIZACIÓN DE DESCUENTOS MÁXIMOS CONSIGUIENDO CON ELLO.....INCREMENTAR EL MARGEN COMERCIAL POR VEHÍCULO VENDIDO".

Se refiere el estudio propuesto a la metodología a seguir, con visitas a los concesionarios de los evaluadores o *"clientes indiscretos"* para ponderar a continuación los beneficios adicionales del estudio y las mejoras que había de comportar, insistiendo especialmente en la confidencialidad al señalar, literalmente, que *"ESTE TIPO DE TRABAJO SE LLEVA CON EL MAYOR NIVEL DE CONFIDENCIALIDAD. EN NUESTRA DOCUMENTACIÓN HABLAREMOS SIEMPRE DE"ESTUDIOS DE MERCADO" Y DE OFERTAS OBTENIDAS E INCIDENCIAS DETECTADAS"*.

Es también revelador de la naturaleza de los servicios prestados por ANT el fichero de Condiciones estudios de Mercado, electrónico denominado *"ESTUDIOS DE POLÍTICAS COMERCIALES 2012"*, recabado en la inspección de la misma ANT y obrante a los folios 112, 113, 217 a 223, 2305, 2306 y 2317 a 2323, en el que con toda claridad se manifiesta el verdadero propósito:

"(...) Una vez acabado el estudio mensual, presentaremos a cada concesión una tabla resumen con la oferta completa (precio, regalos y tasación si procede) ofrecida por cada concesionario. También reflejaremos aquellas irregularidades detectadas que puedan afectar a la oferta final, cualquiera que sea su naturaleza."

"A tener en cuenta:

(...)

2.- Presupuestos. - Adjuntaremos al trabajo de cada concesionario los presupuestos conseguidos y si no se consiguen, adjuntaremos cualquier otro tipo de documentación escrita conseguida, aunque sean presupuestos en papeles en blanco o incluso en las tarjetas de visita.

En ocasiones el comercial se niega a reflejar por escrito una oferta, en estos casos se especificará en el informe lo ocurrido y reflejaremos la oferta final, aunque no se pueda demostrar por escrito.

3.- Confidencialidad. - Dada la "peligrosidad" de este tipo de trabajo, se lleva con el mayor nivel de confidencialidad. En nuestra documentación hablaremos siempre de "Estudios de Mercado" y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas.

Ninguno de nuestros evaluadores sabrá realmente el propósito final del estudio, ellos simplemente van a realizar un estudio de mercado y a tratar de conseguir un modelo de coche determinado a un determinado precio, mediante un procedimiento que dominan perfectamente (...)".

Alusiones tan explícitas a la *"peligrosidad de este tipo de trabajo"* y a la necesidad de mantener el "mayor nivel de confidencialidad", así como a la forma de camuflar los datos obtenidos - *"hablaremos siempre de Estudios de Mercado y de ofertas obtenidas e incidencias detectadas"*- evidencian la verdadera finalidad perseguida con la actividad de ANT y la participación, necesariamente consciente, en los acuerdos colusorios de quienes pagaban sus servicios, atribuyendo así al abono de las facturas una energía probatoria indudable.

Especialmente si se advierte, además, que los argumentos desplegados por las empresas incoadas para tratar de atribuir un efecto distinto a dichas facturas tienen muy dudosa eficacia.

En efecto, no hay explicación alternativa plausible que pudiera justificar que las facturas abonadas respondieran a conceptos distintos si se tiene en cuenta la documentación obtenida en la inspección de la sede de ANT sobre presentación de su política comercial a la que nos hemos referido antes, resultando desde luego indiciario que los supuestos *"estudios de mercado"* que se facturan hubieran sido emitidos con periodicidad mensual para cada una de las empresas, y que estas no hayan aportado, sin embargo, y en ningún caso, tales estudios para poder comprobar su verdadero contenido.

Por lo tanto, la constancia en el expediente de facturas emitidas por ANT-cliente indiscreto, pagadas por la empresa de que se trate, constituye un indicio relevante para acreditar su responsabilidad en el cártel.

TERCERO.- Sentadas las anteriores conclusiones, el primero de los motivos en los que se sustenta la demanda denuncia la vulneración de los artículos 18.2, 18.3 y 24.1 CE, articulo 40 de la LDC y artículo 13 del RDC.

La ANT argumenta en este sentido que la resolución sancionadora impugnada es nula de pleno derecho por cuanto se ha dictado en un procedimiento sancionador que tiene su origen en una actuación inspectora no amparada por la Ley pues la incautación de documentos que tuvo lugar durante las inspecciones realizadas en la sede de ANT habría vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado en el artículo 18 de la CE. Considera así que, tanto el contenido de la orden de investigación emitida por la CNC, como la actuación de sus inspectores, no habrían respetado las garantías legal y jurisprudencialmente definidas en relación a la protección de este derecho en los casos de entrada y registro de la sede social de las personas jurídicas. Entiende que los datos y elementos contenidos en las ordenes de investigación que dieron cobertura a las inspecciones en las que se recabaron los documentos inculpatorios no delimitaban, como exigen el artículo 40 de la LDC y el artículo 13 del RDC, las conductas objeto de dicha investigación, ni tampoco acotaban de forma adecuada su objeto cuando esas órdenes de investigación estaban dirigidas a verificar la existencia y alcance de las posibles prácticas anticompetitivas del expediente S/0471/13, es decir, de ciertas prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por el grupo SEAT (marcas AUDI, SEAT y VW) y sus concesionarios autorizados, de forma tal que resultaría del todo extraño a otras prácticas ajenas a dicho grupo, como son las imputadas posteriormente a los concesionarios de la marca OPEL.

No podemos, sin embargo, admitir que ello sea causa de la nulidad pretendida.

Ha de decirse, en primer lugar, que la orden de investigación de 28 de mayo de 2013, emitida para realizar en fechas 4 y 5 de junio de 2013 inspecciones domiciliarias a la empresa ANT SERVICALIDAD, contaba con autorización judicial, otorgada el 3 de junio de 2013 por el Juzgado de lo contencioso- administrativo nº 1 de Elche, realizándose la entrada el día 4 de junio. Sin embargo, también es cierto que esta circunstancia no excluye que podamos pronunciarnos sobre la validez de la orden de entrada ya que el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 10 de diciembre de 2014, rec. 4201/2011 UNESA, precisó que *"el hecho de haber existido una autorización judicial de entrada y registro en modo alguno impide ni excluye que el órgano jurisdiccional al que corresponde fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso la Orden de inspección- enjuicie ésta en su integridad"*. Y en ese análisis la Sala, no obstante, considera que la orden de investigación para la entrada en la sede de ANT sí permitía conocer cuál era la razón y el objeto de la inspección ordenada por la Comisión l indicarse en la misma que *"La CNC dispone de información según la cual la citada empresa, que asesora a empresas sobre atención al cliente, habría podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de motor, facilitando la coordinación de conductas de distribuidores de vehículos de motor en materia de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercial sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor"*.

La orden de entrada contenía entonces una referencia singular a la empresa ANT y, además, vinculaba su actuación a la función de asesoramiento relacionada con prácticas restrictivas en un mercado de producto y geográfico concreto.

En consecuencia, consideramos que la orden de investigación cumplía con las exigencias legales y con las mencionadas en la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75. Esta sentencia precisa la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la inspección deba reputarse como válida y este comprenda el alcance de su deber de colaboración.

En efecto, en la orden constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento. En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia y el alcance de la posible coordinación de conductas anticompetitivas en el mercado de la distribución de vehículos de motor consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible en el mercado español de la distribución de vehículos de motor); el sujeto investigado (M. CONDE, y la entidad ANT); además, se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relacionados en el artículo 27.1 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección los días 4 y 5 de junio de 2013 y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de las conductas anticompetitivas en el mercado de distribución de vehículos de motor consistentes en la coordinación de conductas con otros operadores en materia de precios y condiciones comerciales y el intercambio de información sensible), así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar. La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta. Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado de distribución de vehículos de motor sin que pueda admitirse que existe incorrección e indefinición en la orden de investigación en su determinación. No es cierto que la inconcreción de la orden de investigación ocasione indefensión a la recurrente; por el contrario, en la orden de investigación queda claramente concretado el mercado del producto investigado y ello permite conocer cuál era la finalidad de la investigación como era inspeccionar si la recurrente había participado en las conductas colusorias investigadas y dado su objeto social era fácil imaginar cual iba a ser el mercado al que afectaría la investigación al tener como objeto social la venta de vehículos de las marcas AUDI, VW y SEAT.

Por tanto, la orden de investigación describe correctamente el mercado afectado por la inspección y no incurre en generalidades que puedan ocasionar indefensión por cuanto las definiciones son precisas y suficientes.

En cuanto a la circunstancia de que la inspección en la sede de ANT estuviera orientada a la obtención de pruebas en relación solo a la participación en un cártel organizado por concesionarios de la marca SEAT, VW y AUDI, pero no NISSAN, no puede tener la eficacia anulatoria que pretende ANT. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2019, recurso núm. 1835/2018, sintetiza la jurisprudencia actual sobre la cuestión en estos términos: *"QUINTO. Sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta. Ya hemos dicho que la jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia de 6 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 113/2013). Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Señala esa sentencia, en definitiva, "(...) que la habilitación para la entrada y registro y la práctica de este en forma idónea y proporcionada permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas". Esta doctrina que expusimos debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla"*.

Es claro entonces que las pruebas recabadas en esa inspección acreditativas de la participación de ANT en prácticas restrictivas de la competencia distintas de las que pudieran imputarse a los concesionarios de las marcas AUDI, SEAT y VW, han de considerarse validas una vez admitida la validez y eficacia de la actuación administrativa en relación con la habilitación para la entrada y registro y justificado, como está, que la práctica de este se llevó a cabo de forma idónea y proporcionada.

CUARTO.- En segundo lugar, la recurrente alega la infracción del principio *"non bis in ídem"* porque entiende que la CNMC le ha impuesto varias sanciones por su actuación en distintos expedientes sancionadores cuando en todos ellos su forma de actuación ha sido la misma y, además, con apoyo en idénticos fundamentos -

comisión de la infracción del artículo 1 de la LDC-. Y destaca que así ha sido en relación con los expedientes sancionadores incoados por prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por los concesionarios de vehículos de motor de marcas tales como HYUNDAI y TOYOTA.

Añade la recurrente que la única diferencia entre esos expedientes, en los que ANT ha sido sancionada, es la marca de los vehículos de motor de los concesionarios participantes en las prácticas anticompetitivas, pero entiende que ello no impide apreciar la concurrencia de la triple identidad subjetiva, fáctica y de fundamento que prohíbe la imposición de sanciones por una única conducta.

En primer lugar, conviene recordar que el principio non bis in ídem fue constitucionalizado pues desde la STC 2/1980, de 30 de enero, se entiende incluido en el precepto constitucional del artículo 25.1 de la Constitución, inherente al principio de legalidad. Pero no solo el artículo 25.1 se refiere al principio non bis in ídem, sino también, entre otros preceptos, el artículo 133 de la Ley 30/1992, aplicable en la fecha de los hechos analizados, según el cual *"no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal y administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento"*.

Es cierto que la entidad ANT ha sido sancionada en varios expedientes de la CNMC como facilitadora de la actuación anticompetitiva de los concesionarios de los vehículos de motor de diferentes marcas, siendo en todos ellos semejante el modus operandi de la empresa. Sin embargo, ello no significa que la CNMC haya vulnerado el principio non bis in ídem toda vez que no se aprecia la triple identidad requerida para incurrir en dicha infracción pues no concurre, en este caso, la identidad fáctica entendida en el sentido de que los hechos enjuiciados sean los mismos y que impliquen una única conducta.

Esta Sala advierte que, en los diferentes expedientes sancionadores en los que ANT ha sido sancionada por la Comisión, no se produce la identidad fáctica pues no estamos ante una única conducta de ANT, aunque sea semejante su actuación en todos ellos. Es indudable que su participación se ha producido en los distintos expedientes sancionadores en relación con un mercado de producto diferente, que se identificaba con cada una de las marcas de los vehículos de motor de los concesionarios participantes en las prácticas anticompetitivas, lo cual determinaba que los acuerdos colusorios adoptados no fueran coincidentes, y mucho menos idénticos.

QUINTO.- Discute, por último, la sociedad recurrente la sanción que se le ha impuesto y ello por dos motivos.

En primer lugar, porque afirma que la CNMC incumplió las exigencias del artículo 51.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, pues para conocer su volumen de negocios del año inmediatamente anterior, a efectos de cuantificar la multa, debería haber acordado la práctica de la correspondiente prueba y notificado a la afectada su resultado a fin de que pudiera formular alegaciones, lo que no hizo.

Y, en segundo lugar, por resultar la sanción impuesta desproporcionada al habérsele aplicado un tipo sancionador que supone excesivo.

Respecto de la primera alegación, es lo cierto que el volumen de negocio de ANT en el año 2014 era un dato ya aportado a la CNMC en otro expediente sancionador que concluyó también en 2015. Tratándose, obviamente, de la misma cifra, no hay razón alguna que justificase reiterar el mismo procedimiento.

En todo caso, la entidad recurrente no cuestiona que la cifra de negocios tomada en consideración para cuantificar la multa fuese errónea, ni ha propuesto prueba alguna tendente a desvirtuarla, por lo que la alegación carece de cualquier eficacia anulatoria.

Por último, y en cuanto a la pretendida desproporción de la multa por aplicación de un tipo sancionador excesivo, ha de decirse que el fijado en este supuesto para ANT fue del 2,5 %. Por tanto, se encuentra en el tramo mínimo del porcentaje que cabe imponer, hasta el 10% del volumen de negocios del ejercicio anterior a aquel en el que se dicta la resolución. Y es que, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC- Treuhand AG, *"... a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)"*

Por ello, la CNMC teniendo en cuenta el artículo 63.1.c) de la LDC ha aplicado el tipo sancionador del 2,5 % sobre el volumen de negocios que la entidad ANT tenía en el ejercicio 2014 sin que se advierta la supuesta desproporción por estar dicho porcentaje muy lejos del máximo legal (10%) atendido, además, el importante papel desempeñado por ANT como mecanismo de control y seguimiento del cártel que resulta de la prueba que hemos relacionado.

SEXTO.- Las costas de esa instancia deberán ser satisfechas por la parte actora en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Pablo Oterino Menéndez en nombre y representación de **ANT SERVICALIDAD, S.L.**, contra la resolución de 5 de marzo de 2015, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0489/13, mediante la cual se le impuso una sanción de 14.514 euros de multa. Resolución que declaramos ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no**tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 20/10/2020 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ